

INTRODUCTION

SECTION 1 DE LA MATIERE

1. SOURCES DU DROIT DES SOCIETES

1. Sources normatives

- lois
- décrets : 24 août 2004 sociétés de participation financière dans les sociétés libérales
- arrêtés
- communautaires : traité de Rome, règlements, Directive du 9 mars 1968 non transposée, applicable dans les textes
- sources normatives codifiées : Code civil, Code commercial

2. Sources informatives pratiques

Sources professionnelles :

- simples : PV, rapport
- montages : SARL (IS, 33,33%), SCI (IR, 49 %)

Droit comparé : Loi Sarbannes, Oaxley, 2001, commissaire aux compte dans un audite, interdiction de conseil juridique. En France, loi du 1er août 2001 sur la sécurité financière.

2. EVOLUTION DU DROIT DES SOCIETES

1. L'éclatement du droit des sociétés

- société civile : 1990, société à objet civil à forme sociale (société à exercice libéral).
- associations, clauses compromissaires d'activité professionnelle (2001)

2. La communautarisation du droit des sociétés

3. La mondialisation

Américanisation, système des précédents. Avant 2001, PGD (SARL). Après 2001, directeur général et président du CA sans fonction exécutive et représentative. Chairman ou Chief Executive Office.

SECTION 2 LA MANIERE

LECON 1 QU'EST-CE QU'UNE SOCIETE ?

SECTION 1 LA NATURE DE LA SOCIETE

1. ALTERNATIVES CLASSIQUES

1. La société : fiction ou réalité ?

Fiction (PM, abstraite). Réalité :

- vision anthropomorphique : être, délirante
- réalité technique : sans réalité physique, autonome face aux constituants. Loi du 9 mars 2004 sur la responsabilité pénale des PM l'engage même sans texte (entrée en vigueur le 13 décembre 2005). Loi du 1er juillet 1901 sur les associations interdit les congrégations illégales. Article 5 alinéas 1 de la Loi du 24 juillet 1966 : « Les sociétés commerciales jouissent de la PM à dater de leur immatriculation au RCS. » (article L 210-6). Article 7, I Loi 23 décembre 1988 : « Le fonds commun de placement, qui n'a pas la PM, est une copropriété de valeurs mobilières dont les parts sont émises et rachetées à la demande des porteurs à valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions. Les dispositions du Code civil relatives à l'indivision ne s'appliquent pas au fonds. Il en va de même des dispositions des articles 1871-1873, relatifs à la

société en participation.» (article L 214-20, 1980).

2. La société : personne ou bien ?

- personne : titulaire de droits et débiteur d'obligations. CEDH comme règle non écrite.
- bien : valeur économique. Formalisme (article 1690 Code civil). On ne cède jamais une société. La société cède les titres représentatifs de créance d'associé sur la société. L'associé a des droits sur la société : vote, dividendes, participation à l'assemblée.
- article 545 Code civil : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pas pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »
- article L 228-10 : principe de libre négociabilité

3. La société : contrat ou institution ?

Article 1832, contrat. Article 1836 alinéa 2 : « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». Directive 21 décembre 1989, autorise les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée.

2. CONCEPTION UTILITARISTE (société, un outil juridique)

SECTION 2 LA QUALIFICATION DE SOCIETE

1. ELEMENTS CONSTITUTIFS

1. Origine législative et doctrinale

Article 1832 :

- exigence d'apport de la part des associés (bien, industrie).
- objectif requis des parties à la société : partage bénéfices
- contribution des associés aux pertes. 1978, à la fin de l'existence sociale, la liquidation.

Société déficitaire, loi 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, de moyen.

2. Les éléments d'origine jurisprudentielle

L'affectio societatis : la volonté d'entreprendre une activité sur le pied d'égalité. En cas de litige, solidarité, même de fait.

2. ENJEUX

1. La qualification de société peut attirer

- Civ1, 14 janvier 2003 : gain au loto, 6 millions. Achat ticket en commun (70/42 FR).
Témoignage. Société ? Apport en numéraire, vocation au bénéfice, engagement contribution perte.
Solution : partage du bénéfice selon la proportion des apports.
- Civ1, 16 février 1998 : office d'huissier. Apport de plus-values en industrie, augmentation du capital. Société

2. La qualification de société peut aussi repousser

Com. 30 mai 2000 : propriétaire de bateau de pêche et capitaine, salaire fixe sans prime, non.

LECON 2 QUELLES SONT LES STRUCTURES CONCURRENTES DES SOCIETES ?

SECTION 1 LES STRUCTURES DE GESTION D'UNE ENTREPRISE

1. STRUCTURES DOTEES DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

1. Association : article 1er Loi 1er juillet 1901

« Convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. »

- association gendarme : partage du bénéfice comme salaire, et non dividende, entre franchisés des réseaux de distribution. Surveillance et contrôle mutuel. Blâmes ou « défaut croisé »
- association « cheval de Troie » : dans les structures publiques. Laboratoire dans hôpital. Autorisation teste par chef de service (secrétaire), présentation par médecin au patient consentant.
- association « paravent » : attraction clientèle. ASER (image), contrat d'adhésion à une assurance obligatoire. Permet combinaison personnel public et personnel privé. Confidentialité, pas de publication annuelle des comptes. Discipline interne, pas de créance, exclusion ouverte.

2. Groupement d'intérêt économique (GIE) Ordonnance 23 septembre 1967

Facilite ou développe une activité économique auxiliaire. Article L 251-1. Durée déterminée. Absence de capital, aménagement modalités de fonctionnement. Règlement européen du 25 juillet 1985, GIE euro. Article L 251-6 : « Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. » (solidarité des dettes). Liquidation pour transformation en société.

2. STRUCTURES DENUEES DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

1. Entreprise individuelle

Confusion activité personnelle et professionnelle. Loi du 1er août 2003 met en place la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur.

Article L 123-12 : « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement. » Loi 11 février 1994 protège le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel des aléas professionnels.

2. Contrat non sociétaire

Couvre une activité saisonnière ponctuelle. Eviter la solidarité. Il faut préciser la nature, le partage des bénéfices, l'emploi de temps, la durée de fait.

3. Contrat d'exercice en commun

Dans professions libérales. Statuts et assemblée générale annuelle. Proche à la société civile de moyen. Regroupement (fax, ordinateur, secrétaire).

4. Succursale

Organe déconcentré. Accueil tiers. Article 9 décret 30 mai 1984 : « Tout établissement permanent, distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers ». Pas de statut, capital, publication comptes. Permet l'investissement et la limitation des bénéfices imposables de la société. Fermeture facile.

La filiale est juridiquement indépendante de la société, avec la PM.

SECTION 2 LES STRUCTURES DE GESTION DES BIENS

1. L'INDIVISION

Technique juridique qui permet à plusieurs personnes d'exercer un droit de propriété sur un même bien, sans que ce bien soit divisé en lots. Proche copropriété.

Article 815 Code civil : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ».

2. FONDS COMMUN 1980

2003, fonds commun de proximité, zone territoriale identique, but le capitalisme local.

Fonds commun de placement :

- détient des valeurs mobilières
- article L 214-20 Code monétaire et financier : « Le fonds commun de placement qui n'a pas la PM est une copropriété de valeurs mobilières ».

Fonds commun de créance (1988) :

- acquisition de créances dans des sociétés
- émission de parts représentatives
- les porteurs désignent sa gestion
- transparence fiscale
- transformation de créances en valeurs mobilières
- pas d'imposition autonome

LECON 3 POURQUOI CREER UNE SOCIETE ?

SECTION 1 LES RAISONS AFFICHES

1. INSTRUMENT D'ORGANISATION

Article 1832 Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

1. Pour les entrepreneurs

Les pouvoirs :

- le gérant va prendre les décisions (dirigeant, rôle exécutif)
- offre un cadre de résolution des micros conflits

Les profits :

- l'assemblée décide des profits : distribution à la hauteur des parts (rôle législatif)
- l'inorganisation aboutit à des résultats inéquitables (théorie de l'apparence, société de fait)

2. Pour les membres de familles atypiques

Solutions imprévisibles (divorce, décès). Création de société à capital 1€ (société sans capital, concubins) pour achat d'appartement. Les parents vont prêter de l'argent à la société, pour l'achat (investissement en prêt et en capital). Associés à 50 %. Statuts, occupation et transmission à prévoir. Pas une indivision (sortie ouverte, partage). Mariage avec le régime de la communauté.

3. Pour les adeptes du « time share »

Propriété à temps partagé (périodes vacances). Acquisition, règlement intérieur (tableau de jouissance, action et période). Echanges de temps possibles.

2. INSTRUMENT D'ATTRACTION

Investisseurs. Prêt à intérêt avantageux. Pas attractif. Intérêts plafonnés :

- par la réglementation de l'usure : taux d'intérêt excessif sur le temps. Contraire religion. Taux bancaire fixe 16%. Loi 1er août 2001 sur l'initiative individuelle (banque, société), l'usure ne s'applique pas aux PM.
- par la concurrence : prêt ; entrée en capital (action, dividende non limité, plus-values ; risque ;) + prêt ; titre (créance bancaire), emprunt obligatoire (convertible) ; obligation avec bon de souscription d'action (prêteur + associé, ajout de surplus) ; « jurk bonds », obligations poubelle.

SECTION 2 LES RAISONS AVOUEES

1. INSTRUMENT DE PROTECTION

L'écran social (entreprise, fournisseurs). Limites :

- d'origine légale : société en nom collectif, société civile, GIE : le créancier peut « percer », responsabilité indéfinie et solidaire (redressement, liquidation)
- d'origine jurisprudentielle : faillite sans effet sur la associés, partage risque
- société fictive : intention frauduleuse (procédure collective)
- confusion de patrimoine : personnel, professionnel (société unipersonnelle); discipline

2. INSTRUMENT D'OPTIMISATION

Bonne gestion sociale et fiscale :

- au titre du droit social : SARL, gérant salarié. Hors contrat de travail. Sécu (maladie, invalidité, retraite, décès, ASSEDIC), rémunération. Systèmes privés de cotisation libre (loi Madelin 11 février 1994).
- au titre du droit fiscal : économie taux d'imposition bénéfiques (20%), selon situation personnelle. Pas de partage d'entreprise individuelle. Société divisée en parts, transmission progressive (abattements 10ans, 300000 FR), exonération complète.

SECTION 3. LES RAISONS CACHEES

1. INSTRUMENT DE DISCRETION

1. Les raisons

- discrétion naturelle (voisinage)
- raisons sociologiques : politiques et statutaires
- raisons financières : souci d'opacité
- raisons commerciales : concurrence (changement de dénomination sociale)

2. Le contenu

Code de commerce, 1807, les associés ne sont pas obligés de donner leur nom à la société (SA), article 29 : « La société anonyme n'existe point sous le nom social : elle est désignée par le nom d'aucun des associés ». Aujourd'hui, toutes les sociétés sont des SA (type capital). Consulter statuts dans registres

3. La portée

Il faut être associé pour connaître les noms. L'administration peut les demander (contrôle).

Convention de croupier : un associé transfère à une personne, le croupier, tout ou partie des droits ou des avantages liés à sa participation. Illicite, assure le pouvoir sur la société.

2. INSTRUMENT DE DIVISION

« Single ship companies » (armateur). Capital = bateau. Transporteur, client. Compagnies aériennes, activités à risque.

3. INSTRUMENT ANTI CONCURRENTIEL

Société, instrument d'exclusion. Coopérative, machine à vendanger. Très fort intuitu personae et droit d'agrément. Eviter concurrence.

LECON 4 QULLE SOCIETE CREER ?

SECTION 1 LES TERMES DU CHOIX

1. SOCIETE DOTE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

1. Une distinction est traditionnellement proposée entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales

* Sociétés civiles

Elles permettent l'existence d'activité telles :

- la détention d'immeubles
- la gestion de droits sociaux
- l'exercice d'une profession libérale

Elles sont régies par le droit commun des contrats :

- articles 1832 à 1844-17 Code civil
- Loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles de personnes (SCP)

Professionnels libéraux regroupés :

- SCP = les associés exercent leur activité en commun
- Sociétés civiles de moyen = chaque professionnel exerce une activité propre
- Sociétés commerciales

SARL

- Ø Faiblesse du capital minimum = 7500 €
- Ø Droit d'agrément offert aux associés en cas de cession de parts à des tiers

SA, organisation plus lourde

- Ø Organes collégiaux
- Ø Commissaire aux comptes obligatoire

SNC (société au nom collectif), les associés répondent indéfiniment et solidairement des parts sociales

Sociétés en commandite, 2 types d'associés :

- les commanditaires : responsables à hauteur de leur apport
- les commandités : solidairement et indéfiniment responsables

SAS (société par actions simplifiées)

- Ø souplesse des modes de direction
- Ø souplesse de la réunion des assemblées

2. Cette distinction connaît des limites

D'autres sociétés existent :

- Sociétés Coopératives : objet principal est de réduire le prix de revient et le prix de vente de certains produits ou services
- Sociétés d'Investissement

Une distinction entachée par la création des Sociétés à objet civil mais à forme commerciale. La Loi du 31 décembre 1990 instaure 3 types nouveaux de sociétés :

- SELARL : société d'exercice libéral à responsabilité limitée
- SELAFA : société d'exercice libéral à forme anonyme
- SELCA : société d'exercice libéral en commandite par actions

2. SOCIETES DENUEES DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

SEP (Société En Participation), article 1871 Code civil, loi du 4 janvier 1978

- si objet civil = règles des sociétés civiles
- si objet commercial = règles des sociétés en nom collectif

SECTION 2 LES FACTEURS DU CHOIX

1. FACTEURS FISCAUX

1. Le taux d'imposition des bénéfices

IS :

- les SA
- les sociétés à responsabilité qui n'ont pas opté pour l'IR
- les sociétés de personnes qui optent pour ce mode

Taux 33,33% + contribution temporaire de 10%.

L'impôt est dû par la société. Les associés seront imposés sur les dividendes distribués. Double imposition atténuée par l'avoir fiscal, égal à la moitié du dividende perçu.

IR :

- les autres structures. L'associé doit déclarer la fraction des bénéfices à laquelle il a droit et payer l'impôt correspondant.

Le choix dépend du taux d'imposition auquel est soumis l'associé. Si supérieur à 33,33%, choix de l'IS.

2. La déductibilité fiscale des intérêts des emprunts souscrits pour financer l'acquisition ou la souscription de droits sociaux

La déductibilité fiscale n'est possible que si la société est soumise à l'IS.

3. Les droits de mutation applicables

SA, taux d'imposition 1% plafonné à 3049 € par cession, c'est un avantage.

Cessions de parts sociales : taux 4,80% sans plafond.

Cessions d'entreprises individuelles : taux 11,40% pour fraction de prix supérieur à 107 000€.

2. LES FACTEURS NON FISCAUX

1. La responsabilité encourue par les partenaires

Critère qui justifie le succès des SA et SARL.

2. Un contrat de travail

Compétence du Prud'homme, ASSEDIC.

3. Des exigences particulières

Publication des comptes : seulement pour les sociétés civiles à responsabilité limitée.

Capital minimum que pour les sociétés à responsabilité limitée.

LECON 5 COMMENT CREER UNE SOCIETE ?

SECTION 1 LA DESCRIPTION DU PROCESUS DE FORMATION

1. EXIGENCES COMMUNES A TOUTES LES SOCIETES

Premier étape : établissement et signature des statuts.

Article 1835 Code civil : « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ».

Les apports peuvent être en nature, en numéraire ou en industrie :

- apports en nature : transfert de droits sur des biens

Apports en propriété ou en jouissance :

- apport en propriété : l'apporteur transfère des droits réels sur certains biens corporels ou incorporels
- apport en jouissance : mise à disposition d'un bien d'une société, l'apporteur reste propriétaire du bien
- apport en numéraire : transfert d'une somme d'argent (espèce, chèque)
- apport en industrie

La forme sociale doit être et pourra être modifiée en cours.

L'objet social doit être fixé, surtout dans les sociétés de personnes.

L'appellation de la société est la dénomination sociale. Pour les SCP, elle correspond au nom des associés, selon la loi du 29 novembre 1966.

Le siège social est le domicile officiel de la société. Le lieu où certaines infos doivent être disponibles. Le lieu où les actes de procédure pourront être notifiés aux tiers.

Règlement communautaire du 22 décembre 2000 : les sociétés et les PM sont domiciliées là où est situé le siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement.

Pour les petites structures, siège dans le local d'habitation ou dans celui du représentant légal pour une durée de 2 ans maximum, Ordonnance du 27 décembre 1958.

Le capital social est composé des apports en industrie, article 1843-2 Code civil.

La durée de la société est plafonnée à 99 ans, article 1838 Code civ. Possibilité prorogation.

Les modalités sont de fonctionnement et de direction de la société.

Deuxième étape : les statuts doivent être enregistrés auprès de la recette des impôts.

Troisième étape : la publication de l'avis de constitution de la société dans le journal d'annonces légales dans le département du siège social choisi.

Quatrième étape : la demande d'immatriculation doit être adressée au Centre de formalités des entreprises (CFE), qui transmet le dossier approuvé aux organismes (URSSAF, ASSEDIC).

Cinquième étape : le greffier procède à l'inscription de la société qu'il dotera d'un numéro d'immatriculation.

2. EXIGENCES PROPRES A CERTAINES SOCIETES

Un capital minimum peut être requis :

- 7500€ minimum pour la SRL
- 37000 € minimum pour SA

Le nombre d'associés :

- SA, minimum 7 actionnaires
- SRL, pas plus de 50 associés

SECTION 2 L'APPRECIATION DU PROCESSUS DE FORMALITE

1. CRITIQUES DE LA LENTEUR

- longueur du processus (la France veut lutter contre cette lenteur, même phénomène aux USA)
- coûts à supporter

2. DEFENSE DE LA LENTEUR

- permet de départager les projets sérieux et non sérieux
- meilleure réflexion des entrepreneurs sur la viabilité de leur entreprise
- gage du sérieux du contrôle des infos diffusées à l'égard des tiers

LECON 6 QUELS RISQUES ACCOMPAGNENT LA GESTATION DE LA SOCIETE ?

SECTION 1 LES RISQUES RELATIFS À UN DESENGAGEMENT PENDANT LA PHASE DE GESTATION

1. FUTURS ASSOCIES CONTRACTUELLEMENT LIES

Une partie peut souhaiter se désengager alors qu'un accord aura été conclu entre les partenaires : accord implicite.

La promesse de société : les partenaires souhaitent participer en qualité d'associés aux bénéfices issus de ladite société.

Le contrat de mandat : article 2000 Code civil : « Le mandat doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ».

Les accords de négociation : les parties peuvent imputer à l'autre des frais liés à un désengagement des associés.

En cas d'absence de dispositions particulières : CDI que les parties peuvent résilier à tout moment, sauf abus.

2. FUTURS ASSOCIES NON CONTRACTUELLEMENT LIES

Le retrait de l'une des parties est régi par la responsabilité pré contractuelle (article 1382 Code civil). Les partenaires ne pourront obtenir DI que s'ils prouvent la faute, le préjudice et le lien causal.

SECTION 2 LES RISQUES RELATIFS AUX ACTES CONCLUS PENDANT LA PHASE DE GESTATION

Actes marquants le début d'activité :

- ouverture de comptes bancaires
- achat de matériel informatique
- promesse d'embauche de salarié
- conclusion d'un contrat de bail

1834, « tout ce qui est fait avant l'ouverture de la SA est étranger à la société ».

Cour cass. : Engagement antérieur à la création de société, charge naturelle du capital social.

1. PRINCIPE D'ENGAGEMENT PERSONNEL DES FONDATEURS

Les personnes qui ont agi au nom de la société en formation sont engagée.

1. Quelles personnes ?

Principe : seuls ceux qui ont conclu l'acte ou qui ont donné mandat à cet effet sont tenus.

Cour cass. 1er février 2001 : celui qui participe à la gestion d'une société en formation est réputé agir au nom de la société.

2. Quelles sociétés en formation ?

Point de départ de la période de formation des sociétés commerciales est le moment où la volonté des fondateurs de participer à une entreprise commune est manifestée clairement, se concrétise par des actes nécessaires, univoques et exceptionnels.

3. Quel engagement ?

Seules les personnes qui ont agi seront tenues solidairement et indéfiniment.

2. LIMITES DU PRINCIPE D'ENGAGEMENT PERSONNEL DES FONDATEURS

Eventualité d'une reprise par la société :

Article 1843 Code civil autorise la reprise par la société des engagements souscrits par les fondateurs pendant la période de formation : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci ».

3 méthodes de reprise :

- avant immatriculation : annexion aux statuts d'un état des actes déjà accomplis. La signature des statuts emporte reprise de ces actes.
- avant immatriculation : mandat donné à un associé de prendre certains engagements
- après immatriculation : décision prise à la majorité des associés

Dans les contrats conclus pour le compte d'une société en gestation, la responsabilité personnelle du fondateur peut être limitée contractuellement :

- le fondateur ne sera jamais tenu personnellement responsable, car un contrat unilatéral DC, 9 mars 1968
- même cas si reprise par la société, le fondateur restera conjointement ou solidairement tenu de l'exécution des obligations contractuelles

Lorsque la situation des futurs associés a dégénéré en société créée de fait, seront tenus :

- ceux qui ont conclu les actes
- tous les associés de la société en formation
- articles 1871 alinéa 1 (« Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens ».) et 1873 (sociétés créées de fait).

On applique les règles sur la gestation d'affaires, article 1375 Code civil : droit à indemnisation du gérant.

SECTION 2 RISQUES RELATIFS AUX BIENS UTILISES PENDANT LA PHASE DE GESTATION RES PERIT DOMINO, qui doit subir le risque d'un éventuel sinistre ?

1. LE PRINCIPE DE LA CONSERVATION DE LA PROPRIETE DES BIENS PAR LEUR PROPRIETAIRE

Article 1872 alinéa 1 Code civil : « A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société ».

2. LIMITES DU PRINCIPE DE CONSERVATION DE LA PROPRIETE DES BIENS PAR LEUR PROPRIETAIRE

Durant la période de gestation, la société même non immatriculée a la jouissance de certains biens.

L'engagement souscrit au nom de la société en formation est réalisé AB INITIO, par la société (rétroactivité).

CONCLUSION :

- multitude de problèmes pour cette période
- règlement peu prévisible par dispositions légales et réglementaires
- recommandation d'un règlement préalable pour qualifier la relation entre les partenaires ; déterminer les aménagements conventionnels nécessaires ; définir avec précision la durée d'efficacité

LECON 7 QUELS SONT LES DROITS DES ASSOCIES ?

SECTION 1 LES DROITS POLITIQUES

1. LE DROIT À RESTER ASSOCIE

Le droit à ne pas être exclu, fondé sur le droit de propriété (droits sociaux, article 544 Code civil). La société est CDD (faute grave) = CDI (résiliation) :

- Sociétés cotées (bourse) : Autorité des marchés financiers (2003), article 57-1 règlement : l'actionnaire majoritaire (+95%) peut exclure l'actionnaire minoritaire. Procédure de retrait obligatoire (squeeze out). Indemnisation selon valeur minimale des droits.
- Sociétés par Actions Simplifiées : articles L 227-16 : (« Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions », clause de cession forcée, échec, sauf faute, rumeur propagée, concurrence déloyale), et L 227-20.
- Les clauses d'exclusion : disposition statutaire (article 1844-7 alinéa 5 Code civil : « La

société prend fin... par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ») adoptée à l'unanimité (statuts initiaux). L'exclusion est rémunérée par le rachat (problème d'évaluation, par expert).

- La procédure d'exclusion : procédure privée disciplinaire (NCPC, article 6 CEDH). Com. 16 mars 2004 CEDH non applicable par elle-même, principe fondamental (non écrit, transformé et appliqué). CA Paris, 17 mars 2004 les droits de la défense sont des principes fondamentaux qui doivent présider à la conduite d'une procédure d'exclusion. Il faut prévoir dans les statuts ce qui s'applique.

2. DROIT A L'INFORMATION

L'associé a droit à être informé par les dirigeants.

1. Le contenu

Sociétés non cotées :

- Droit à l'information permanente (SA, SAS) : article L 225-117 : « Tout actionnaire a le droit, à toute époque, d'obtenir communication des documents visés à l'article L. 225-115 et concernant les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices. » Frais info pour société à capital ouvert (droit manifestement excessif).
- Droit à l'information ponctuelle (assemblée générale annuelle), par rapports des commissaires aux comptes.

Société cotée : plus lourd, en temps réel (site Internet). « Trop d'info tue l'info ».

2. La mise en oeuvre et la sanction du droit à l'information

- le défaut d'info : cause de nullité de l'assemblée générale annuelle (moyen de pression)
- faculté pour l'associé d'obtenir l'info sous astreinte judiciaire (dirigeant)

3. DROIT DE PARTICIPER AUX DECISIONS COLLECTIVES

Le droit d'assister aux assemblées :

- en personne : obligation ; les clauses limitatives selon nombre des parts sont illicites. Si démembrement (usufruitier, nu propriétaire) Soc, 31 mars 2004 pour les décisions sur bénéfice, l'usufruitier ne vote pas. Vaut mieux prérogatives distinctes.
- la représentation : expresse dans statuts (associé, conjoint). Pas avocat, sauf procès.

Le droit de vote dans les limites jurisprudentielles :

L'abus de droit de vote (1960) :

- abus de majorité : vote contraire intérêt social ; vote favorable au majoritaire ; défavorable au minoritaire. Nullité de résolution. Article 1382 Code civil (DI), article L 235-1 (pas de nullité sans texte). JP favorable minoritaire.
- abus de minorité : minorité ; empêche décision favorable intérêt social (unanimité, majorité qualifiée) ; décision vitale. DI, désignation mandataire qui vote à la place du minoritaire.
- abus d'égalité : empêcher la prise de décision. DI, mandataire.

L'exercice fautif du droit de vote (article 1382) :

- Com. 13 mars 2001 que la faute dommageable compte (pas l'abus)

Le droit de vote et les limites légales :

- sans vote : actions à dividendes majorés (banquiers)
- double vote : actions limitatives des actions simples
- vote imposé, orienté : fonds des plans épargne retraite, intérêt exclusif adhérents

Le droit de vote et les limitations d'origine professionnelle :

- les conventions de vote : démembrement droit de propriété. L'usufruitier vote, car usus. Pas toujours. Article L 225-110 : « Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires (dissolution société). » Intérêt social, durée déterminée. Résolution CDD (commun accord, clause de résolution unilatérale, faute grave) Com. 31 mars 2004 dispositions dérogatoires illicites
- les clauses de direction tournante (50%/50%) : direction bicéphale ou tour de rôle.

SECTION 2 LES DROITS FINANCIERS

1. EN DEBUT DE VIE SOCIALE

Droits proportionnels aux apports. Les apports en industrie ne participent pas au capital, donnent droit au vote et au bénéfice.

2. EN COURS DE VIE SOCIALE

1. Le droit sur les bénéfices de la société

Le bénéfice est le solde positif à la fin de la période d'exercice.

Sur les dividendes (bénéfice distribuable et distribué) :

- bénéfice distribuable : Article L 232-11 alinéa 1 : « Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures (année précédente), ainsi que des sommes à porter en réserve (parer l'inévitable) en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire (éventuels bénéfices des années précédentes non distribués). »
- bénéfice distribué : l'associé y a droit. Article L 232-11 alinéa 2 : « En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes (proportionnels aux actions) sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice. » Dividende majoré (conventionnellement aménagé), dividende précipitaire (priorité). Prohibition clauses léonines.

Sur les réserves (conservation sur résultat positif) légales (obligatoires), statutaires (au-delà la loi), facultatives (libres, mises au passif, richesse de la société). Faculté de revendication :

- procédure de distribution : il faut maintenir le minimum requis.
- cession d'action : le prix inclut les réserves. Parfois, survalueur (potentiel).
- prime d'émission : somme que doit payer tout nouvel associé qui souscrit à une augmentation du capital dans société dotée de réserve. $5000 + 3000 = 8000$. $5100 / 80 = 63$ parts (3150€). 1850€ prime d'émission

2. Le droit préférentiel de souscription

Le droit pour tout associé à souscrire à toute augmentation du capital à une personne non associée.
Droit à la non dilution :

- cession : proportionnel au nombre d'actions détenues. L'associé perçoit une somme
- exercice : souscription effective
- renonciation : besoin urgent d'argent. Soit au bénéfice de personne individualisée, soit au bénéfice de n'importe qui veut devenir associé.
- priorité : limité dans le temps, auto destruction.

3. Le droit d'aliéner les droits sociaux

Droits sociaux objet de souscription et de garantie. Agrément des tiers légalement posé. Les statuts peuvent contenir clauses de préemption.

Les garanties :

- SARL : si refus d'agrément de cessionnaire projeté, rachat par la société. Prix convenu ou fixé par expert. Confusion, la société est propriétaire, à la fois créatrice et débitrice. La dette s'éteint, titres annulés. Stock options (sociétés cotées), période et montant limités (dérogation légale)
- droit de retrait : que sociétés civiles 1845-1869. L'associé qui se retire reste garant des pertes au moment de son retrait.
- droit de retrait dans sociétés cotées : modifications substantielles. Article 566 du règlement général des marchés boursiers. Il y a un coût de bourse.

3. EN FIN DE VIE SOCIALE

L'associé récupère après paiement dettes sociales. Le boni de liquidation est le solde positif réalisé après liquidation. Le mali positif (perte). Partage à proportion des droits sociaux. Règle écartée si clause d'attribution préférentielle statutaire. Fusion, dissolution sans liquidation (absorption). Remise de titres.

LECON 8 QUELS SONT LES DEVOIRS DES ASSOCIES ?

SECTION 1 LES DEVOIRS LEGAUX

1. DEVOIRS AU DEBUT DE LA VIE SOCIALE

1. Une obligation de libérer les apports

- obligation pour l'associé de libérer les apports qu'il s'est engagé à payer
- pour apport en nature : transfert du droit de propriété des biens apportés
- pour apport en numéraire : - forme ordinaire : chèque, virement bancaire
- forme extraordinaire : abandon de créance sur la société

2. Une obligation de garantie, article 1843-3 Code civil

- Apport en propriété ou en jouissance sur une chose de genre : l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur
- Apport en jouissance sur une chose individuelle : l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur

2. DEVOIRS EN COURS DE VIE SOCIALE

1. Devoirs qui existent d'abord entre associés

- Si l'associé est un contractant, on peut lui imposer les devoirs d'article 1134 alinéa 3 Code civil : « Les conventions légalement formées... doivent être exécutées de bonne foi ».
- Obligation d'exclusivité : un associé n'est pas dans l'obligation de consacrer tout son temps à la société. Parfois, c'est un devoir.
- Obligation de non concurrence : seulement dans des situations particulières de l'associé ou selon la forme de la société

2. Des devoirs existent-ils à l'égard des tiers ?

Première limite : obligation de contribution aux dettes.

Domaine limité :

- SRL : les associés ne sont pas tenus à payer les dettes vis-à-vis des tiers
- SR illimitée : les associés supportent les dettes.

Les modalités :

- Société au nom collectif : article L 221-1 Code commerce : « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ».

Décret du 23 mars 1967, délai minimum de 8 jours après la mise en demeure.

- Société civile de droit commun : article 1857 Code civil : « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cassation des paiements. L'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu comme celui dont la participation dans le capital social est la plus faible ». L'associé est tenu dès la naissance de la dette. Il sera tenu à compter du moment où la société aura été condamnée et n'aura pas donné suite à un ou plusieurs actes d'exécution. Le patrimoine social ne permet pas de désintéresser les créanciers.

La portée de l'obligation :

- la solidarité : associés de société en nom collectif et SCP d'exercice
- responsabilité conjointe à proportion des parts sociales dans les sociétés civiles de droit commun, article 1857 Code civil

Deuxième limite : faute ou engagement contractuel d'un associé à l'égard des tiers.

3. DEVOIRS EN FIN DE VIE SOCIALE

1. L'obligation de contribuer aux pertes concerne les rapports des associés entre eux

- Les associés doivent payer le solde négatif du moment de la dissolution de la société
- Article 1832 alinéa 2 : les associés s'engagent à contribuer aux pertes

- SRL, obligation plafonnée au montant des apports consentis par chaque associé. Les associés ne supportent les pertes qu'à la concurrence de leurs apports.
- SR illimitée, article L 221-1 Code commerce, pas de plafond

2. L'obligation de contribuer aux pertes peut faire l'objet d'une anticipation

- on prévoit une réduction du capital si les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social
- article 1832 Code civil ne subordonne nullement la participation aux pertes des associés à une liquidation judiciaire préalable de la société

SECTION 2 LES DEVOIRS CONVENTIONNELS

1. CONTENU DES DEVOIRS CONVENTIONNELS

Les parties peuvent :

- rendre le vote obligatoire
- prévoir une contribution inégalitaire des pertes
- modifier les modalités d'info en cas de franchissement du seuil

Les parties peuvent créer de nouveaux devoirs :

- clauses de non concurrence
- clause d'inaliénabilité : ne pas céder parts sociales pendant une période donnée

2. LIMITES DES DEVOIRS CONVENTIONNELS

1. Certaines sont générales

Article 1836 alinéa 2 Code civil : « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». Essor juridictionnel.

2. D'autres limites sont spécifiques à certaines obligations

Article 1844-1 alinéa 2 Code civil répute non écrite la clause (léonine) qui attribuerait à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérerait de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou bien celle mettant à sa charge la totalité des pertes.

LECON 9 QUELS SONT LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS ?

SECTION 1 LES POUVOIRS LEGAUX DES DIRIGEANTS

1. DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS FRANÇAISES

1. Le dirigeant d'une société française dispose d'une plénitude de pouvoirs

Après vérification factuelle (identité physique de la personne) et demande d'extrait K bis de la société.

L'administrateur de SA ne peut pas représenter la société. Il dirige de droit la société, car il est membre du CA. Risque de révocation.

Les dirigeants de fait : comportement hors statut. Si société mère s'émousse trop dans l'action de la société fille, risque de redressement judiciaire.

Le dirigeant est, avant 2001, le gérant. Après Loi du 15 mai 2001, changements pour :

- la SA : article L 225-51-1 : « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président (membre) du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visées au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. »
- la Société par Actions Simplifiées : article L 227-6 : « La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président

qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. »

La plénitude des pouvoirs permet au dirigeant d'avoir de pouvoirs internes et externes.

2. Les pouvoirs des dirigeants sont toutefois affectés par une multitude de limitations

Les limites générales :

- l'objet social : l'activité de la société prévue par les associés dans les statuts. Dans SRL, pas une limite, sauf tiers de mauvaise foi, et modification de facto de l'objet. Dans SR illimitée, le dépassement de l'objet n'engage que le dirigeant.
- les pouvoirs conférés aux autres organes de la société (PV de salaire fixé par CA)
- la procédure collective (50000 par an, extrait k-bis) : assistance d'administrateur judiciaire (fixée par le jugement), délégation ou plénitude de pouvoirs
- l'intérêt social : la cause des contrats. Rarement regardé. Un acte contraire à l'intérêt social peut engager la société. Acte anormal de gestion : met une dépense ou une perte à la charge de la société, ou prive cette dernière d'une recette, sans être justifié par les intérêts de l'entreprise.

Les limites spécifiques à la SA et SAS:

Article L 225-35 alinéa 4 : « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État.»

- le contrat de cautionnement est un contrat entre qqn qui se porte caution et qqn qui demande cette caution. Le bénéficiaire n'est pas parti au contrat.
- l'aval est une caution qui figure sur un effet de commerce (titre bancaire représentatif d'une dette)
- la garantie : engagement pris par une SA pour couvrir l'engagement pris par un tiers.
- article 39 du Décret du 23 mars 1967 : « L'autorisation doit fixer un plafond et préciser la durée. » Autorisation valable 1 an, le dirigeant peut signer pour toute la durée, pas un acte détachable (article 69). La société est tenue AD VITAM ETERNAM (période d'invocation). Article 89 laisse les 2 possibilités (1 an ou période). Le bénéficiaire a plutôt intérêt (curiosité) de demander un renouvellement annuel de la garantie.

- la sanction du défaut d'autorisation : inopposabilité (prime à la mauvaise foi de la société), faute ou exécution en garantie impossibles ; faute personnelle ou acte non autorisé.

Article L 225-94 permet le cumul de sièges, limité à 5 mandats. Au-delà, présomption de démission d'office. Validité des délibérations, et non des contrats.

2. DIRIGEANTS DE SOCIETES ETRANGERES

LEX SOCIETAS, selon le droit de la société dont le dirigeant est le représentant. Demander « legal opinions » à un juriste étranger.

SECTION 2 LES AMENAGEMENTS AUX POUVOIRS LEGAUX DES DIRIGEANTS

1. AMENAGEMENTS CONVENTIONNELS

Modification dans les statuts :

- on peut déroger à une disposition légale, sauf d'ordre public (même implicite), en élargissant les pouvoirs légaux du dirigeant. Article L 225-35 (intervention CA) protège les tiers.
- les clauses de limitation de pouvoirs sont inopposables au tiers. Le tiers peut les invoquer à son avantage, en cas de non respect de la limitation par le dirigeant. Il faut que la clause figure dans le contrat.
- la réorganisation collective ou la délégation des pouvoirs.

2. AMENAGEMENTS JUDICIAIRES

La théorie de l'apparence est souvent appliquée pour ignorance légitime d'une limitation, faute de moyens efficaces.

La publicité existe en France, et limite la légitimation.

Com. 12 mai 2004

Le mandat implicite ne joue que pour les actes d'administration.

LECON 10 QUELS RISQUES ENCOURENT LES DIRIGEANTS ?

SECTION 1 LA REVOCATION

1. CONDITIONS DE LA REVOCATION

La révocation : terme technique, invoque fin unilatérale d'un mandat à l'initiative de la soc.

L'exigence de juste motif est parfois requise par la loi :

- pour le Directeur Général de la SA, article L 225-55 Code commerce : « Le directeur général est révocable à tout moment par le conseil d'administration. Il en est de même, sur proposition du directeur général, des directeurs généraux délégués. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages intérêts, sauf lorsque le directeur général assume les fonctions de président du conseil d'administration. »
- pour le gérant de SRL, article L 223-25 Code commerce : « (Ordonnance du 25 mars 2004, art. 17) « Le gérant peut être révoqué par décision des associés (devant assemblée) dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts.» En outre, le gérant est révocable par les tribunaux (judiciaire) pour cause légitime, à la demande de tout associé. Par dérogation au premier alinéa, le gérant n'est révocable que par une décision des associés représentant au moins les trois quarts du capital social. (Loi du 24 juill. 1966). » Article 6 CEDH non applicable aux groupements privés (pas de procès, ni juge). Règle non écrite, à la discrétion du juge.
- pour le gérant de Société en nom collectif, article L 221-12 (unanimité)

Certains dirigeants sont moins protégés :

- administrateurs SA, article L 225-18 : « Ils peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire. »
- président CA des SA, article L 225-47 : tout moment.

L'existence de juste motif en vue de la révocation du DG de SA s'explique mal.

La révocation ne devra pas être entourée de mesures vexatoires susceptibles de constituer un abus de droit à l'encontre du dirigeant.

La régulation est obtenue par l'exigence d'un certain formalisme :

- formalisme naturel : révocation demandée par voie judiciaire
- formalisme moins attendu : révocation par décision sociétaire

2. LES EFFETS DE LA REVOCATION

Pas de droit d'indemnisation automatique pour le dirigeant. Parfois « parachute dorée ».

SECTION 2 LA RESPONSABILITE

A. RESPONSABILITE CIVILE

1. Les causes

L'action en responsabilité suppose : un préjudice, une faute, un lien de causalité.

Trois types de fautes :

- infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA
- violation des statuts
- faute commise dans la gestion

2. La procédure

Action individuelle, en responsabilité, peut être engagée contre un dirigeant par un associé.

Action sociale, engagée par la société :

- engagée par les représentants sociaux : UT UNIVERSI
- engagée par les associés détenant un % minimal des droits sociaux : UT SINGULI

3. Les défenses

Le délai de prescription est court, 3 ans. Il est décompté à partir de la date du fait dommageable. Le dirigeant n'est pas responsable vis-à-vis des tiers en l'absence de faute détachable de ses fonctions (exceptionnelle gravité).

B. RESPONSABILITE PENALE

Des infractions nombreuses et dispersées, que dans les sociétés commerciales. Recel d'abus.

Le délit de biens sociaux concerne les dirigeants des SA et des SRL :

- usage des biens ou crédit de la société : usage personnel (péril, contrepartie)
- usage contraire à l'intérêt social : mauvaise foi du dirigeant (repas, groupe)

Crim. 27 juin 2001 la prescription court à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société.

C. RESPONSABILITE FISCALE

Les dirigeants peuvent être déclarés personnellement responsables du paiement des impositions et pénalités dues par la société dont ils auront rendu le recouvrement impossible par des manoeuvres frauduleuses.

SECTION 3 LES ACTIONS LIEES À UNE PROCEDURE COLLECTIVE

A. ACTION EN COMPLEMENT DE PASSIF

L'action en comblement de passif suppose :

- une insuffisance d'actifs chez la société
- une faute de gestion chez le dirigeant
- un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance

Article L 624-3 Code commerce permet au tribunal de faire supporter au dirigeant tout ou partie des dettes de la PM en redressement ou liquidation judiciaire (faute gestion, insuffisance d'actif). amende civile contraire aux protections accordées par procédure pénale.

B. ACTION EN EXTENSION AU DIRIGEANT DE LA PROCEDURE COLLECTIVE DE LA

SOCIETE

Article L 624-5 Code commerce permet l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire contre les dirigeants sociaux qui auraient commis une action répréhensible.

Les tribunaux autorisent le cumul de l'action en comblement de passif et de l'action de l'article L 267 LPF ou avec une action engagée par liquidateur en réparation civile pour abus de biens sociaux.